

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA MACRO-ALLOCATION DES RESSOURCES ET LE DROIT AUX SERVICES DE SANTÉ

Auteur(s) : Andrée LAJOIE

Revue : RDUS, 1989-1990, volume 20, numéro 2

Pages : 231-248

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13554>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13554>

Page vide laissée intentionnellement.

LA MACRO-ALLOCATION DES RESSOURCES ET LE DROIT AUX SERVICES DE SANTE*

par Andrée LAJOIE**

Ce qui importe dans une perspective de réforme c'est d'explorer le rôle que pourrait jouer le droit au niveau intermédiaire d'allocation des ressources non seulement entre les différentes fonctions du système de production des services de santé (prévention, recherche, technologie, etc.) de même qu'entre les régions, et entre les établissements, sans parler du partage des masses monétaires entre les administrateurs, les personnels, les omnipraticiens et les spécialistes. Même la véritable macro-attribution au niveau politique entre les affectations budgétaires aux différentes missions du gouvernement, où la santé entre en compétition avec l'éducation, l'environnement, etc., n'échappe pas au domaine potentiel d'application du droit.

C'est à explorer ces avenues que vise cet article.

This article aims at exploring the role of law in the attribution of resources entering into the production of health services. This exploration is focused on both the intermediary and macro-levels at which decisions are taken. The intermediate level concerns the distribution of resources between various functions of the system (prevention, curative services, research, technology) as well as between various clienteles, regions, institutions and various categories of professionals, administrators and employees. Macro-attribution reaches the political level where government subsidies are divided between health, education, environment, etc.

The case is presented for the inclusion of both levels of decision within the reach of law and, indeed, litigation.

*. L'analyse qui sert de base à cet article a d'abord été élaborée en réponse à une demande que m'avait formulée la Commission de réforme du droit du Canada, que je remercie ici d'avoir autorisé cette publication.

**. Professeure, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal.

SOMMAIRE

I-	La portée du droit s'étend à tous les niveaux d'attribution des ressources	235
II-	L'attribution des ressources à tous les niveaux est régie aussi par des règles non gouvernementales, informelles et implicites	241
	Conclusion	248

Penser à l'exercice du droit aux services dans le contexte de la rareté des ressources évoque des images généralement tragiques où des professionnels et des administrateurs hospitaliers sont aux prises avec des malades dont l'âge, l'utilité sociale et le pouvoir personnel varient au moins autant que la gravité et l'urgence de leur cas et entre lesquels ils ne savent comment choisir les éventuels bénéficiaires d'une dialyse, de précieux culots de sang B négatif, de greffes rénales ou de séances de psychothérapie, quand il ne s'agit pas de places en centre d'accueil ou d'aide à domicile.

Cette image, hélas familière, c'est celle de la micro-attribution, que seule semble au premier abord régir le droit positif, ou en tous cas celui qui suscite un contentieux. Mais si j'acceptais de me limiter à ce droit, c'est-à-dire essentiellement aux règles d'utilisation des ressources¹ qui, faute de recherche empirique, restent largement inconnues lorsqu'elles existent, il ne me resterait qu'à proposer un discours moral ou éthique pour lequel je me déclare d'emblée incompétente. Ce serait, je crois, escamoter l'essentiel, du moins sur le plan juridique.

Si en effet on isole la seule micro-distribution des ressources, on peut en venir à la conclusion que le droit positif actuel est peut-être adéquat, encore qu'il ne soit pas certain que les règles qui régissent vraiment, dans les faits, l'accès aux services, soient celles que le droit positif énonce ou permet d'adopter et qu'il n'y ait pas intérêt à connaître les règles parallèles que leur substituent très efficacement certains milieux. Il suffit de penser à la sectorisation des services psychiatriques au Québec effectuée, sans fondement législatif habilitant, par ententes entre les CRSSS et les établissements : c'est la loi du milieu qui se substitue à celle du législateur, sans que la clientèle particulièrement démunie qu'elle vise ne puisse s'en défendre, faute de transparence du processus.

Mais ce qui n'importe pas moins, surtout dans la perspective de réforme où s'est située ma réflexion², c'est d'explorer le rôle que pourrait jouer le droit au niveau intermédiaire d'allocation des ressources non seulement entre les différentes fonctions du système

1. Voir sur ce sujet, le texte de Louise Lussier, *infra*.

2. Dans le cadre de celle de la Commission de réforme du droit.

(prévention, recherche, technologie, etc.), mais entre les clientèles (cas urgents, électifs, chroniques, troisième âge, malades mentaux, etc.) de même qu'entre les régions, et entre les établissements, sans parler du partage des masses monétaires entre les administrateurs, les personnels, les omnipraticiens et les spécialistes.

Même la véritable macro-attribution au niveau politique entre les affectations budgétaires aux différentes missions du gouvernement, où la santé entre en compétition avec l'éducation, l'environnement, l'agriculture, etc., n'échappe pas au domaine potentiel d'application du droit; elle est d'ailleurs au surplus déjà régie au Canada par des règles fédérales, issues de l'exercice du pouvoir de dépenser. La détermination de la part de ses ressources que l'Assemblée nationale et les autres législatures provinciales attribuent à la santé n'est en effet pas entièrement discrétionnaire et se trouve, dans les faits, soumise à des règles fédérales informelles, dont la constitutionnalité n'a pas été confirmée par les tribunaux, mais qui n'en régissent pas moins pratiquement en grande partie la détermination de la part de la santé dans le budget des provinces.

Compte tenu du rôle actuel et potentiel qu'on peut dès lors entrevoir pour le droit en matière d'attribution des ressources à ces niveaux décisionnels préalables, il me semble que se limiter au droit positif régissant les recours judiciaires disponibles à l'égard de la micro-distribution des services, c'est passer à côté du véritable problème sans pouvoir espérer y apporter de solution. Pour y arriver, il faut au contraire replacer la question dans son véritable contexte, plus large et néanmoins juridique - aux yeux du moins de la doctrine la plus récente, tant européenne qu'américaine et même québécoise. Il s'agit d'englober dans l'objet d'analyse les étapes antérieures et cruciales de l'attribution des ressources préalables à l'exercice du droit aux services, et de fonder cette analyse sur des sources plus étendues qui rejoignent, au-delà du droit positif, les règles informelles et implicites qui régissent vraiment l'attribution des services.

Je n'ignore pas que beaucoup de décisions relatives à la distribution des ressources au niveau macro et intermédiaire ont été et sont encore, avec raison d'ailleurs, considérées comme des décisions politiques ou administratives, selon le cas. Il ne s'en suit pas pour autant qu'elles n'aient pas par ailleurs d'effets juridiques ni qu'elles

échappent au droit. Après tout, les lois et les règlements sont d'abord des décisions politiques des législatures et des gouvernements, respectivement, avant de devenir la matière première du droit...

Je m'appliquerai donc à explorer l'emprise possible du droit sur les trois étapes de l'attribution des ressources entrant dans la production des services et les sources concrètes qui régissent réellement ce processus d'attribution.

Il peut paraître téméraire de vouloir élargir en même temps l'objet du droit et ses sources... Aussi suis-je particulièrement heureuse de pouvoir m'appuyer pour cela sur un mouvement contemporain qui anime largement la communauté juridique. Je m'en voudrais par ailleurs d'entraîner mes lecteurs dans une expédition théorique gratuite pour le seul plaisir du parcours : aussi me limiterai-je à exposer succinctement les éléments théoriques dont on ne saurait faire l'économie sans priver de justification la démarche que je propose et qui, sans cela, pourrait paraître illégitime³.

I- La portée du droit s'étend à tous les niveaux d'attribution des ressources

Traditionnellement le juriste qui énonce le droit, comme l'avocat qui le plaide, ne se sent concerné que par la situation contentieuse, potentielle ou actuelle selon le cas, où le juge devra intervenir, et cela dans les termes immédiats et limités des événements ponctuels où s'exprime le conflit entre les parties. C'est une approche qui consiste à prendre pour acquises - et hors de portée du droit - les règles qui gouvernent la structure préalablement imposée aux décisions dont on semble dès lors ne pouvoir contester que la conformité aux impératifs découlant de ces structures. La légitimité de ces effets structurels est ainsi exclue du domaine de la légalité, auquel elle est présumée intrinsèquement étrangère.

De ce phénomène très caractéristique de l'ensemble de notre droit, on chercherait en vain un meilleur exemple que celui de l'article

3. Ceux qu'intéressent des développements théoriques plus poussés pourront se référer à mon article (en préparation) sur «Le droit, l'Etat, la société civile, le public, le privé: de quelques définitions interreliées», à paraître sous peu.

4 de la Loi sur les services de santé et les services sociaux qui définit, en droit québécois positif, le droit aux services. Il s'énonce :

«Toute personne a droit de recevoir des services de santé et des services sociaux adéquats sur les plans à la fois scientifique, humanitaire et social, avec continuité et de façon personnalisée, compte tenu des ressources des établissements qui dispensent ces services».

Voilà, c'est clair : le droit aux services est attribué «compte tenu des ressources des établissements». La présence, la qualification, la répartition entre les clientèles de ces services semblent ainsi, au premier abord, mises à l'abri des règles et des recours que le droit explicite met à la disposition des bénéficiaires frustrés. L'absence ou la rareté des ressources constituent alors des limites externes que le droit ne saurait apparemment franchir.

C'est là l'un des effets idéologiques les plus efficacement autodestructeurs du droit où, à force de vouloir occulter le fondement de ses propres règles pour les rendre plus objectivement impératives, il s'est piégé lui-même en limitant sa portée par des frontières artificielles au départ, mais auxquelles il confère ainsi un caractère apparemment absolu. A force de se raconter une histoire - législative au surplus - où l'attribution des ressources paraît intangible parce que résultant de «données objectives» (l'«invisible hand» du common law, la «main de Dieu» de Claude Ryan, le «jeu du marché» des économistes libéraux, c'est selon...) le droit a fini par se croire, et conséquemment par se croire impuissant à régir la source même des conflits sociaux exprimés à travers la distribution des services de santé et qu'il a pour mission d'arbitrer.

Le caractère idéologique du concept de «ressources rares» est dès lors lui-même occulté et chacun fait comme si une ressource pouvait être intrinsèquement «rare» ou le devenir pour une finalité sociale sans que ce ne soit par voie de conséquence de son attribution préalable à une autre finalité sociale, jugée prioritaire sur une échelle

préétablie. Pourtant, il suffit de réfléchir un tant soit peu pour constater que la rareté des ressources ne constitue pas un fait de nature, sauf dans des cas exceptionnels, d'ailleurs à déterminer. La plupart du temps, elle n'est que le résultat, pas du tout invisible, de la main... de l'homme, comme l'a noté même l'école économiste de Chicago :

«[...] But such natural scarcity is not often the limiting fact. More frequently scarcity - and the necessity of picking sufferers it imposes - even if absolute at a particular moment in time (as with the number of physicians capable of performing a kidney transplant), is not absolute over time. More commonly still, scarcity is not the result of any absolute lack of a resource but rather of the decision by society that it is not prepared to forgo other goods and benefits in a number sufficient to remove the scarcity»⁴.

Mais l'univers juridique traditionnel se comporte à cet égard comme si cette échelle était préétablie par un inconnu intangible - la main invisible, la main de Dieu, le marché - sur le processus décisionnel duquel le droit n'aurait aucune prise potentielle.

L'attribution des ressources nécessaires à la production des services de santé ne constitue qu'un exemple parmi d'autres de cet aveuglement - volontaire ou inconscient - du droit. Le colloque convoqué l'année dernière par la Commission de réforme du droit du Canada et la Faculté de droit de l'Université de Toronto en a fourni un autre : il a fallu discuter toute une matinée sur l'encombrement et le «manque de ressources» des tribunaux administratifs, notamment dans les secteurs de l'immigration, des relations de travail et de la santé et la sécurité au travail, avant qu'en fin de course quelqu'un ose enfin soulever les questions cruciales de savoir qui limite ces ressources, par quel processus et pourquoi on leur impose, dans ces domaines

4. Guido CALABRESI et Philip BOBBITT, *Tragic Choices*, New York, Norton, 1978.

d'adjudication, des limites dont on n'a jamais entendu parler pour le processus judiciaire lui-même.

A-t-on jamais en effet proposé de réduire les droits des justiciables pour augmenter l'efficacité des tribunaux quand ils siègent en matière criminelle?... Peut-on seulement imaginer une disposition législative qui énoncerait le droit des accusés d'être entendus «sous réserve des ressources des tribunaux»? Quelle règle a établi que le droit d'être entendu quand on est accusé était plus important que le droit d'être traité quand on est malade? Et pourquoi le droit serait-il intrinsèquement impuissant à régir le processus d'attribution des ressources de santé alors qu'il définit implicitement depuis toujours le processus d'attribution des ressources judiciaires? Si la Cour suprême, par l'arrêt Singh⁵, a pu forcer l'État fédéral à attribuer des ressources à l'audition des réfugiés, en quoi serait-elle impuissante à l'égard de l'attribution des ressources nécessaires à la production des services de santé?

Cette auto-censure du droit n'est pourtant pas particulière au domaine des décisions relatives à l'attribution des ressources : elle résulte d'une vision positiviste du droit bien ancrée dans la tradition des pays occidentaux, aussi bien dans les pays de droit écrit que dans les pays de common law. La description que fait Ackerman, pour les États-Unis, de ce phénomène, rejoint de manière étonnante celle qui s'était imposée à moi pour le contexte canadien au cours de ma réflexion préparatoire à ce texte, et dont je viens de brosser l'image grossière. Dans un petit ouvrage⁶ où il livre une de ces synthèses succinctes et éclairantes qui font charnière dans la carrière d'un juriste, il résume en une phrase les fondements et les limites de l'approche positiviste, dont il dégage ensuite les postulats. Pour les tenants de cette tendance particulière du positivisme des common lawyers qu'il dénomme reactive lawyering, «no legal argument will be acceptable if it requires the lawyer to question the legitimacy of the military, economic and social arrangements generated by the invisible hand»⁷.

5. Singh et autres c. M.E.I., [1985] 1 R.C.S. 177.

6. Bruce A. ACKERMAN, *Reconstructing American Law*, Cambridge, Mass. et Londres, Harvard University Press, 1984.

7. Ibid., p. 25.

Cette approche traditionnelle, où le droit se résume à un ensemble de règles intangibles et surgies de nulle part, met en oeuvre cinq principes, dont les trois premiers sont applicables aussi bien dans un système de droit écrit que dans un système de common law. Ces postulats impliquent que la légitimité d'une pratique sociale ne relève pas du questionnement juridique; que la seule question pertinente pour le droit est celle de savoir si la conduite attaquée déroge aux normes institutionnelles et, enfin, que les parties sont les mieux placées pour définir les paramètres de leur situation⁸.

Cette conception positiviste, traditionnellement dominante dans la pensée des juristes, est depuis longtemps battue en brèche de toute part, depuis les auteurs italiens du début du siècle, jusqu'à la droite américaine de tendance Chicago-Law-and-Economics, en passant par la doctrine française, la sociologie du droit québécoise et les reconstructivistes américains. Pour les européens⁹ et les canadiens¹⁰, le droit dépasse le corpus des règles elles-mêmes pour englober l'univers juridique où elles sont produites, interprétées, appliquées : seule une telle approche, institutionnaliste, convient pour

-
8. Ibid., p. 26 et suiv. Les deux autres concernent la méfiance, particulière aux systèmes de common law, à l'égard de la codification et des «escapades statutaires» du législateur.
 9. Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, traduction française de la 2e édition de *l'Ordinamento Juridico*, par L. FRANÇOIS et P. GOTHOT, Paris Dalloz, 1975; Jacques CHEVALIER, *Eléments d'analyse politique*, Paris, P.U.F., 1985; Maurice HAURIOU, *Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, Blond et Gay, 1933; Léon DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, 1913; Georges RENARD, *Sur quelques orientations modernes de la science du droit*, Paris, Sirey, 1922.
 10. Harry W. ARTHURS, «Le droit comme instrument de l'intervention de l'Etat: un cadre d'enquête» dans *Le droit, la société et l'économie*, vol. 46 des études préparées pour la Commission royale sur l'Union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986, pp. 83-149; Roderick A. MACDONALD, «L'intervention réglementaire par la réglementation», dans *Les règlements, les sociétés d'Etat et les tribunaux administratifs*, vol. 48 des études préparées pour la Commission royale sur l'Union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986, pp. 89-174; «Pour la reconnaissance d'une normativité implicite et inférentielle», *Sociologie et société*, n° 1, pp. 47-59 et Guy ROCHER, «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1988) 29 C. de D. 91-120.

aborder la sociologie du droit, diront Rocher et Belley¹¹ ou même l'analyse intrinsèque du droit, dès qu'elle s'écarte de l'exégèse, estime Arthurs¹². C'est la même idée que reprendront, dans d'autres formulations, les américains contemporains des tendances les plus opposées : les tenants de l'école de Chicago¹³ rejoignent en effet les reconstructivistes¹⁴ pour affirmer qu'il faut élargir le cadre temporel (et en conséquence spatial et institutionnel) de la description des faits juridiques, à défaut de quoi le droit risquerait d'échapper son objet en le pinçant au lieu de le saisir vraiment. Au contraire, c'est en remontant dans la production du droit aux causes et aux sources des conflits qu'on trouvera les solutions.

Sauf à m'engager dans un tour complet de l'horizon théorique que j'ai promis d'éviter en abordant cette problématique, j'en aurai assez dit pour faire voir que, dans la perspective où je me suis placée, l'allocation, aux niveaux macro et intermédiaire, des ressources nécessaires à la production des services de santé, fait partie de l'objet du droit et peut-être régie par ses règles. Dans cette perspective, on devra donc explorer l'univers où se prennent les décisions relatives à l'attribution macro et intermédiaire des ressources publiques entrant dans la production des services de santé auxquels la population a droit, sans négliger pour autant leur distribution individuelle.

Certes, il existe déjà des règles de droit positif régissant cet univers : les règles constitutionnelles qui partagent les compétences et posent les limites et les impératifs que devront respecter les législateurs; les règles budgétaires fédérales que constituent les conditions des subventions, les règles de droit interne propres à chaque province qui structurent le secteur et déterminent les autorités gouvernementales et institutionnelles habilitées à prendre ces décisions et les processus qu'elles doivent respecter; les règlements internes que

-
11. Guy ROCHER, «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1989) 29 C. de D. 91-120 et Jean-Guy BELLEY, «L'Etat et la régulation juridique des sociétés globales: pour une problématique du pluralisme juridique», *Sociologie et société*, vol. XVIII, no 1, pp. 11-32.
 12. Supra, note 10.
 13. Notamment, en ce qui concerne cet aspect de leur théorie, G. CALABRESI, «Concerning Cause and the Law of Torts, an Essay for Harry Kalven Jr.», (1975) 43 U. ch. L. Rev. 69; KELMAN, «Interpretative Construction in Substantive Criminal Law», (1981) *Stan. L. Rev.* 591.
 14. ACKERMAN, cité supra, note 6.

les administrations des établissements ont adoptées pour mettre ces pouvoirs en oeuvre. On peut poser l'hypothèse qu'il y aurait déjà matière à réflexion à partir du seul constat des lacunes et des dysfonctionnalités que l'examen critique de ce corpus de droit positif est susceptible de révéler. Car le fait d'étendre l'objet potentiel de l'emprise du droit à ces autres niveaux d'attribution des ressources, et aux structures de micro-attribution souvent ignorées par le contentieux, ouvre des avenues intéressantes.

Mais on peut - et je crois qu'il faut - ouvrir encore plus largement les perspectives, en élargissant aussi les sources du droit, dont la doctrine contemporaine s'active à repousser les frontières.

II- L'attribution des ressources à tous les niveaux est régie aussi par des règles non gouvernementales, informelles et implicites

Non seulement le droit des positivistes se limite-t-il aux règles, sans tenir compte des structures qui les prédéterminent et du contexte global où s'inscrit leur efficacité, mais il ne prend même pas toutes les règles en compte. C'est la seconde critique à laquelle la conception traditionnelle du droit est confrontée, depuis longtemps par Romano et les institutionnalistes européens et, beaucoup plus récemment, dans des débats très actuels, d'ailleurs animés en grande partie par les mêmes auteurs dont nous avons vu qu'ils contestent également l'étroitesse de l'objet du droit.

Pour réduire encore une fois l'exposé théorique au minimum nécessaire, comme je m'y suis engagée au début de cette problématique, je me limiterai à rendre compte des nouvelles conceptions de Rocher et de MacDonald en matière de sources du droit, avant de montrer comment cette inclusion récente, dans le droit, de normes qu'il ignorait jusqu'ici, peut renouveler la problématique des rapports ressources/droit aux services.

Pour bien saisir l'apport de ces nouvelles conceptions, il faut se rappeler le large consensus qui prévalait encore très récemment entre les juristes sur l'identification des sources du droit. Entre la loi, la jurisprudence, la doctrine et la coutume, les juristes des pays de droit écrit et les common lawyers n'avaient en effet naguère de divergences que sur l'ordre de priorité d'application.

Les premiers privilégiaient la loi et son explication par la doctrine, dans un système où la jurisprudence servait d'illustration aux principes législatifs et où la coutume, refoulée au dernier rang des sources, n'avait de poids que validée par les tribunaux, encore qu'à des conditions exigeantes. Les seconds au contraire voyaient, dans cette coutume dont le droit écrit de tradition civiliste se méfie par définition, la vraie source d'un droit que la jurisprudence devait y lire, avec le moins possible d'intervention du législateur et en ne prêtant d'attention aux commentateurs que longtemps après leur mort.

Certes les deux systèmes se sont interpénétrés, notamment au Canada, où la jurisprudence sert, même au Québec, à établir des précédents permettant d'induire des règles complémentaires à la loi, alors que même la Cour suprême accepte de lire, et même parfois de citer, les auteurs de leur vivant. Et chacun de ces systèmes - le premier l'admettant moins volontiers que le second, du moins explicitement - avaient commencé d'intégrer à l'ensemble des règles que les tribunaux acceptaient d'appliquer des normes d'origine coutumière, autrefois étrangères au droit positif et auxquelles le principe de la primauté du droit, la *rule of law*, n'aurait pas attribué d'effet contraignant intrinsèque.

Pour illustrer ma pensée, deux exemples reliés à la problématique ressources/droit aux services conviendront : c'est sur «les attentes légitimes de la population» que la Cour supérieure et la minorité de la Cour d'appel d'Ontario ont fondé, en l'absence d'attribution statutaire expresse, le droit aux services de santé en cas d'urgence¹⁵, alors qu'on assiste au même type de promotion, par le pouvoir judiciaire, d'une pratique sociale au rang de règle contraignante, chaque fois que les tribunaux québécois définissent la faute professionnelle en matière de responsabilité médicale à partir des règles de l'art ou des règles d'éthique prévalentes dans le milieu où le litige est survenu.

Cette «aspiration», pour ainsi dire, des règles informelles et des pratiques sociales dans le tissu même du droit, à travers la passoire que constitue l'interprétation judiciaire des concepts flous, avait donc

15. *Yepremian c. Scarborough General Hospital*, (1978) 20 O.R. (2nd) 510 et (1980) 28 O.R. (2nd) 2974.

depuis assez longtemps déjà opéré une brèche, peut-être plus large qu'on ne le croit généralement, dans l'étanchéité des sources du droit. Mais il a fallu sans doute l'adoption de la Charte canadienne et d'instruments complémentaires dans le droit des provinces pour que se développe ici ce qu'il faut bien accepter de décrire comme une véritable crise des sources.

A partir du moment où les tribunaux se trouvaient dans la position non seulement de devoir définir le contenu, imprécis au départ, des droits constitutionnalisés, mais encore des expressions comme «société libre et démocratique» ou «les valeurs démocratiques, l'ordre public et le bien-être général des citoyens du Québec», il est devenu impossible de prétendre que des tribunaux neutres appliquaient, dans un vacuum politique, les règles du droit positif sans en créer de nouvelles à partir de normes élaborées ailleurs. Et la boîte de Pandore était ouverte...

C'est sur cet arrière plan que se profilent les théories respectives de Rocher et MacDonald. Pour Guy Rocher¹⁶, c'est en se limitant aux règles adoptées par les institutions étatiques que le droit des positivistes se pose en retrait de la réalité juridique. Ce n'est que récemment dans l'histoire de l'humanité que l'État a tenté de monopoliser le droit : même si sa tentative a largement réussi, il reste des plages libres où la société civile énoncerait des règles «juridiques» à partir d'institutions qui ne tiennent pas leur légitimité d'une habilitation normative attribuée par l'État ou sa loi. Le produit normatif de telles institutions constitue un corpus que Rocher désigne sous le vocable de «droit non étatique» pour le distinguer des règles que validerait la *rule of law*. Il donne comme exemple, entre autres, les règles de l'Église catholique et celles des clubs de bridge. En fait, cette théorie ne diffère de celle des institutionnalistes français que par son insistance à qualifier de droit, fût-il non étatique, des normes sociales que ces derniers qualifient de pré-droit, paradroit ou même infra-droit¹⁷. Ce qu'il importe de retenir, c'est que tous ces critiques du positivisme sont d'accord pour intégrer dans l'univers juridique, ou

16. Cité, supra, note 10.

17. Notamment: A.J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, vol. 1: *Où va la sociologie du droit?*, Paris, L.G.D.J., 1982; J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, P.U.F., 1978.

para-juridique, les normes produites par une institution, même lorsqu'elle ne tire pas sa légitimité de l'État et pourvu seulement qu'elle constitue un groupe organisé où sont désignés un définisseur, un interprète et un chargé de mise en oeuvre des règles.

Cette théorie, encore en voie d'évolution si ce n'est de définition, n'est pas - ni ne se prétend d'ailleurs - à l'abri d'une critique, cependant encore prématurée faute de réflexion suffisante¹⁸. Les juristes positivistes pourraient même être tentés de se réconforter en pensant qu'il s'agit là de l'opinion de sociologues estimant la définition du droit trop sérieuse pour être laissée aux juristes... Ce serait compter sans la contribution du Doyen MacDonald¹⁹, plus radicale encore.

Car si pour Rocher les règles de droit se limitent à celles qui émanent d'un organisme autorisé par la société, et donc structuré, MacDonald pour qui non seulement les règles, mais les institutions aussi, peuvent être implicites, n'a pas cette exigence. Pour lui, la «loi» d'un groupe réside principalement dans les motifs que le groupe invoquerait pour justifier son comportement ou choisir son orientation : on se rapproche du sens que les scientifiques attribuent au mot «loi», en l'employant pour désigner le principe explicatif de la régularité des comportements, dans la mesure même où l'on s'éloigne du sens juridique traditionnel du terme, où la loi c'est la contrainte externe.

Et c'est entre autres ce qui distingue ces deux théories : pour Rocher, le droit est imposé, par l'État ou par l'institution, mais c'est par définition une contrainte externe du groupe sur l'individu. MacDonald au contraire le voit comme une règle que l'on se donne ou à laquelle on adhère collectivement. Dans sa vision des choses, le droit ne se limite pas aux règles émanant des institutions (la loi, les décisions judiciaires) mais comprend aussi les normes qui résultent de l'interaction sociale non institutionnalisée, comme la coutume et l'usage, ou même «les présupposés tacites qui servent d'assise aux communautés et aux sous-groupes sociaux». A titre d'exemple de cette dernière catégorie

18. On pourrait lui opposer, notamment son effet d'annulation sans doute presque complète du champ des normes sociales non juridiques et le monopole de fait, à l'époque contemporaine du moins, de l'ensemble des États sur le territoire terrestre.

19. Cité, *supra*, note 10.

de normes, il se réfère au cadre sous-jacent à la prise de décision dans un groupe de musiciens interprètes, ou à celui que tente de dégager un doyen aux prises avec l'attribution, aux professeurs, des bureaux d'un nouvel immeuble facultaire.

Cette seconde théorie est sans doute également vulnérable à une critique, elle aussi encore en voie de gestation, faute de recul²⁰.

Mais les critiques potentielles de ces deux théories sont sans importance pour notre propos parce qu'elles ne contestent que l'attribution d'un caractère juridique aux nouvelles catégories de règles sur lesquelles elles attirent l'attention. Peu importe en effet, dans la perspective de réforme où a germé cette réflexion, que ces nouveaux corpus constituent, ou non, vraiment du droit. Si ce n'était pas du droit, il s'agirait quand même d'ensembles de règles ou de normes qui régissent réellement le comportement d'institutions ou de milieux et qui structurent, prédéterminent ou infléchissent les antécédents des décisions régies par le droit positif, seules rejointes généralement par le contentieux judiciaire. Constitue ainsi un tel ensemble de règles, notamment, celui qui régit dans les faits l'attribution préalable, aux niveaux supérieurs, des ressources nécessaires à la production et à la distribution des services de santé. Ce qui compte, dans cette perspective, c'est de découvrir ces règles souvent occultées et de cerner et qualifier leurs effets ainsi que le processus de leur émergence pour juger de leur caractère démocratique et équitable.

Deux catégories de règles, juridiques ou «adoptées-en-lieu-dedroit», peu importe, peuvent donc être dégagées de ces deux théories. La première est constituée des normes adoptées par des institutions sociales organisées et autorisées par la société mais non par l'État : c'est le droit non-étatique de Rocher. Dans le domaine qui nous intéresse, on peut sans doute donner l'exemple des normes

20. On peut prévoir qu'elle viserait ce postulat selon lequel le vrai droit serait celui que l'on se donne et non celui qui contraint unilatéralement. On hésite en effet à rejoindre Ignace de Loyola et Pauline Réage dans leur conception du fondement de la règle imposée aux jésuites et autres masochistes, ou à transposer aux conduites collectives des mécanismes comme l'introjection du sur-moi, élaborés par la psychanalyse pour rendre compte de comportements individuels. C'est pourtant ce à quoi il faudrait sans doute se résoudre si on acceptait la thèse de MacDonald.

émises par le Comité d'agrément des facultés de médecine du Canada, par les «pools» de médecins dans les hôpitaux, ou par les comités d'éthique, pour autant que ces organismes ne soient pas institués en vertu d'une loi qui les autorise à adopter ces règles, auquel cas les normes qu'ils émettent deviendraient du «droit étatique». Cette première catégorie est finalement assez étroite, compte tenu du petit nombre d'organismes qui, dans le monde contemporain, répondent aux critères institutionnels posés par Rocher, sans par ailleurs avoir été fondés par l'intervention de l'État.

La seconde catégorie est beaucoup plus «peuplée», si l'on peut dire et, de ce fait, prend peut-être une importance accrue dans le domaine qui nous intéresse ici : ce sont les normes que MacDonald décrit comme implicites, telles la coutume, les usages ou les «présupposés tacites qui servent d'assise aux communautés et aux sousgroupes». On y trouve aussi bien les règles d'éthique «immanentes», les critères d'attribution de l'équipement technologique entre les départements hospitaliers, de répartition de lits entre les médecins ou de fonds de recherche entre les équipes, «les règles de l'art» pour l'indication des traitements, etc.

Toutes ces normes non-étatiques, ces coutumes, ces usages, ces présupposés tacites, qui recoupent en fait ce droit marginal ou en devenir, que, dans le droit international, on a qualifié de «softlaw», ont en commun un certain nombre de caractéristiques qui les rendent particulièrement intéressantes dans l'optique d'une réforme du droit. Ce sont des normes qui échappent au droit positif; dans le meilleur des cas elles s'inscrivent au coeur de ses lacunes et, dans le pire, s'y superposent en le contredisant. Parce qu'elles naissent dans un contexte informel parallèle, où leur processus d'adoption échappe dans les faits au contrôle judiciaire et aux méta-règles qui régissent l'adoption même des normes, elles sont formulées à l'abri de la discussion publique et de l'examen critique, en des lieux décisionnels tout acquis à leurs producteurs et, le plus souvent, sans prise en compte des intérêts divergents de ceux qu'elles affectent au premier chef.

En effet, même si les définisseurs de ces ensembles de règles parallèles présentent cette particularité, dans le système canadien d'attribution des ressources de santé qui ne relève ni du marché privé, ni de la loterie, d'appartenir dans la plupart des cas à un appareil

étatique ou para-étatique, il ne faut pas conclure pour autant que leurs choix s'expriment toujours dans des décisions politiques dont ils doivent répondre devant la population, ni même dans des décisions administratives soumises à des critères de validité. Très souvent les ressources sont attribuées de manière discrétionnaire, informelle, au fil de décisions ponctuelles successives²¹ à partir desquelles on ne peut établir une «règle» ou une «norme» que rétrospectivement, par induction, en dégagant les présupposés tacites qui les ont inspirés et auxquels MacDonald fait allusion.

Il suffit de récapituler les exemples déjà proposés pour s'en persuader : l'accréditation des facultés; les listes de garde des «pools» et le nombre d'actes annuels que doit produire un médecin pour y appartenir; les critères d'attribution des budgets, des équipements, des lits, des fonds de recherche; les critères d'admission des patients, de choix des traitements et même parfois, quoiqu'à un degré moindre, les règles d'éthique, sont définis par des membres de la fonction publique ou para-publique ou des professionnels agissant sans cadre préétabli et utilisant leur discrétion dans leur propre intérêt institutionnel ou professionnel, sans que les intérêts des bénéficiaires des services qu'ils produisent selon ces contraintes ne puissent s'exprimer officiellement, ni ne soient le plus souvent pris en compte.

Devant cette réalité, infiniment plus vaste et moins précise que celle que recouvre le seul droit positif, il faut choisir entre détourner son regard ou faire face à ce magma de règles parallèles, parfois informes, souvent difficiles à repérer, mais toujours enracinées dans les milieux qui les produisent. La connaissance, l'analyse, l'évaluation de ces règles me paraît aussi nécessaire que l'analyse du droit positif pour établir le constat de base qui doit précéder toute proposition de réforme en ce domaine.

Conclusion

Même sans disposer du relevé exhaustif de ces règles et de l'analyse de leur contenu, le seul fait de reconnaître leur existence

21. Calabresi et Bobbitt identifient, dans l'ouvrage cité, supra, note 4, aux pp. 32-49, quatre modes d'attribution des ressources: marché, loterie, décision politique ou approche inductive par l'accumulation de décisions ponctuelles.

permet déjà de constater le caractère idéologique du concept de ressources «rares» et son effet d'occultation sur les choix de société qui précèdent la rareté dans la chaîne de causalité et la localisent volontairement ou, du moins, consciemment, dans le champ de la mission sociale de l'État où s'inscrit l'exercice du droit aux services de santé. Cette seule démystification suffirait à justifier mon propos.

Si j'ai pu en outre dénoncer l'absence des bénéficiaires de ces services des lieux décisionnels où se transigent leurs droits, absence superbement illustrée par les résultats préliminaires de la recherche de Guy Rocher - et cela de façon d'autant plus probante que ce fait, étranger à son objet de recherche, ne faisait même pas partie de ses hypothèses - j'aurai, moi aussi, produit un effet qui ne faisait pas partie de mon objectif de départ, à savoir montrer que le positivisme n'est pas neutre...